

【翻 訳】

G・ボワソナード 「日本の旧慣と新民法典—ウィグモア 氏の二著の刊行を契機として—」(上)

村 上 一 博

目 次

訳者まえがき

ボワソナード「日本の旧慣と新民法典」

[序文]

第一部 …… 以上、本号

第二部 …… 以下、次号

第三部

訳者まえがき

以下に訳出するのは、明治政府の御雇法律顧問であったボワソナード (Gustave Emile Boissonade de Fontarabie, 1825–1910) が、明治 26 (1893) 年 9 月に、フランス学士院 (l'Institut de France) の精神・政治科学アカデミー (l'Académie des Sciences morales et politiques) に提出し⁽¹⁾、翌明治 27 (1894) 年 1 月から 2 月にかけて、横浜で発行されていた『仏文雑誌 (Revue française du Japon)』第 24・25・26 号に連載された論文「日本の旧慣と新民法典 (Les anciennes coutumes du Japon et le nouveau code civil)」である⁽²⁾。

この論文は、副題に「ウィグモア氏の二著の刊行を契機として (à l'occasion d'une double publication de M. John Henry Wigmore)」と記されているよう

に、当時慶應義塾の教壇に立っていたウィグモア (John Henry Wigmore) による二著作、①『旧日本における私法研究のための資料 (Materials for the Study of Private Law in Old Japan)』—論文の内容から見て、ボワソナードが当該論文を執筆する際に参照できたのは、右資料集全 8 巻刊行予定のうち、第 2 巻『契約：民事慣習 (Contract : Civil Customs)』(明治 25 年 6 月刊)、第 3 巻『契約：先例 (Contract : Legal Precedents)』の 1『金銭貸借：貸貸と賃借 (Money Loans : Letting and Hiring)』(同年 10 月刊)と第 5 巻『所有：民事慣習 (Property : Civil Customs)』(同年 7 月刊)の 3 冊であったと推測される一、および、②横浜で発行されていた英字新聞の一つであるジャパン・メイル紙 (Japan Mail) に連載された「新法典と旧慣 (New Codes and Old Customs)」(Japan Weekly Mail では、明治 25 年 10 月 29 日、11 月 19・26 日、12 月 10・27 日)に、もっぱら依拠して、ボワソナード自身が起草に携わった旧民法の諸規定が日本の旧慣習と多くの事項で矛盾していないことを論じたものである⁽³⁾。いわゆる法典論争において延期派からの批判が集中した家族法部分 (人事編と財産取得編第Ⅱ部) を含め旧民法の全編にまでは及んでおらず、また法典論争の帰趨に影響を及ぼした形跡はほとんど見いだされないとはいえ⁽⁴⁾、旧民法施行延期論に対するボワソナードの反論の変化を知る上で⁽⁵⁾、さらには、およそ 50 年前に福島正夫氏によって「これほど詳細に旧民法と日本旧慣との関係を検討した日本の論文は、残念ながらほとんどあらわれていない」⁽⁶⁾と指摘された研究状況は今日でも変わりがなかったことから、同論文を訳出紹介する意義は依然として失われていないと思われる。

訳者は、諸般の事情から、本訳稿の公表を長い間控えていたが、2013 年 11 月 9 日に松山大学で開催された、星野通編著『民法典論争資料集』の復刻増補版の刊行を記念したシンポジウムに参加して、法典論争の意義について改めて考える機会に恵まれたこと⁽⁷⁾、また明治・専修・中央大学の各大学史関係部局が協力して、法典論争関係資料を共同発掘する作業が進められていること⁽⁸⁾、加えて、本年度、明治大学大学院法学研究科での講義において、研究意欲旺盛な院生の皆さんと本論文を講読する機会を持ったことから、旧訳稿に手直しを施して公表することとした。

訳者注

- (1) 本論文は、同アカデミーの 1894 年第 1 期報告集 (le Compte-Rendu des séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques, 1894, 1^{er} semestre) にも

掲載されている。

- (2) 従来、『仏文雑誌』(全56冊)は通覧することが困難であったが、2007年に雄松堂出版から復刻されて、容易に手に取ることができるようになった。同雑誌の性格について詳しくは、拙稿「解題：『仏文雑誌』—創刊から廃刊まで—」(復刻版第1冊、pp.1-9)を参照されたい。

なお、本論文は、『ボアソナード論文撰 下巻(仏文)—1874-1895年(来日以降)—』(信山社、2002年、pp.337-378)にも収録されている。

- (3) ボワソナードとウィグモアの間に、親密な学問的・人間的交流があったことについては、岩谷十郎「ウィグモア宛ボアソナード書簡14通の解題的研究—民法典論争と二人の外国人法律家—」(『法学研究』第73巻11号、2000年)など、参照。
- (4) 本論文の日本語訳は、第三帝国議会において旧民法の施行延期法案が議決されてから2年余りが経過した明治27(1894)年7月~10月によく、ボアソナード「日本の旧風習及新民法」と題して『日本之法律』第6巻7・8・9・10号に掲載された(拙稿「『日本之法律』にみる法典論争関係記事」(6・完)『法律叢書』第83巻6号、2011年、参照)。
- (5) 旧民法施行延期論に対するボワソナードの反論については、拙訳「ボアソナード『日本の新法典』」(『六甲台論集』第34巻2号、1987年7月)、および「ボアソナード『日本の新法典—法律家の意見書および議会の反対論に対する反駁—』」(『同志社法学』第203号、1988年9月)など参照。
- (6) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」(星野通博士退職記念論集『法史学及び法学の諸問題』日本評論社、1976年)298頁。
- (7) このシンポジウムの成果は、松山大学法学部松大GP推進委員会編『シンポジウム『民法典論争資料集』(復刻増補版)の現代的意義』(松山大学、2014年3月)として纏められている。
- (8) 法律学校研究会講演会・シンポジウム報告書『明治期私立法律学校の連携と対抗—大学史資料の共同利用の可能性をさぐる—』(法律学校研究会、2016年)など、参照。

ボワソナード

「日本の旧慣と新民法典—J.H. ウィグモアの二著の刊行を契機として⁽¹⁾—」

G. ボワソナード氏によって精神・政治科学アカデミーに提出された研究報告
(1893年9月16日および30日に、G. ピコ氏によって読み上げられた)

〔序文〕

先頃、日本の〔帝国〕議会が可決した新二法典の施行延期が、フランスおよび

ヨーロッパにおいて、かつて 3 年前に二法典が公布されたよりも注目を集めたことは疑いない⁽²⁾。この施行延期という、遙か遠くからやって来た出来事が、外国の立法動向に目を凝らせている人々以外に、ヨーロッパにおいていくらかの注意を喚起したとすれば、その理由は、日本の新しい民商事立法が、日本と条約を締結している国々にとって、日本が粘り強く努力してきた正当な目的である日本の完全な自主独立、すなわち外国人たちが日本において今もお享受している治外法権の特権の撤廃に、日本が到達するのに必要な最終段階であると考えられたからである。

長く幸運な航海ののち港で座礁したような、この出来事に注目した人たちの中には、善意の人たち—もう少し説明すれば、西欧の諸原則に倣って構想され起草された法典は、宗教・慣行・必要性の点で西欧のそれと大きく異なる極東の国民に適合するはずはないというのが至極当然だと考えた人たち—、も無くは無かった。

また、ある人たちは、この機会に、諸改革の路線をかくも足早に歩き続ければ、日本人は、必ず、ほどなく突然の停滞、さらには後退すら余儀なくされるだろうと予見していたことを、思い出したに違いない。

どちらの人たちにも満足いただけないかもしれないが、日本人に対して、進歩に向かって開かれた精神と西欧文明の恩恵を我がものとなしうる大いなる素質を認めてきた人たちに、自信を取り戻させるという確信をもって、私は、立法の進歩と法の伝播を領分とするこのアカデミーに、日本の民商法典が施行のまさに直前に延期された理由について、その真相を明らかにすることを認めて戴きたい⁽³⁾。

と同時に、私は、この施行延期が—現在のところ非常に遺憾なことながら—、これら法典の将来を危うくするものでないことを指摘したい。

一年後では、こうした私の試みは、もはや遅きに失すると思われる⁽⁴⁾。

逆に、[今は] より時宜をえていると思う。というのは、一方で、法典が好感を取り戻す動きがすでに始まり、議会が、商法典の重要事項である会社 (*les Sociétés*)・為替手形 (*la Lettre de change*) と破産 (*la Faillite*) を、元の規定にほとんど修正を加えることなく可決したばかりであり、また他方では、あるアメリカ人法学者が、最近、ここ 200 年間ににおける日本の旧民事慣習と主な判決録 (記録 (*records*)・先例 (*precedents*)) —これらは、後述するように、新二法典に反対した人たちの主張を、極めて明確に、またまったく思いもよらず否定するものである—に関する英文の著作を刊行したからである。

この点について想起されるべきことは、民法典と商法典に浴びせられた最大の批判は、[これらの法典が] 西欧諸国にとって善 (bons) とされるべき諸原理—[西欧諸国では] 徐々に確立され、次々に幾世代にも渉って受け継がれてきたのだが、これに対して、新旧日本にとってはほとんど無縁で、日本に無かった必要性に対応するものであり、また屢々、家制の伝統と財産制度と完全に対立している—を基礎としているということである。

ちなみに、後述するように、もし二法典に対して批判がなされうるとすれば、それはむしろ、[二法典が] あらゆる封建的観念から解放された近代日本の精神ともはや調和していないこと、かかる伝統から充分に解放されていないということであろう。

原注

- (1) 『日本における私法研究のために資料 (Materials for the study of private law in Japan)』—日本アジア協会 (Asiatic Society of Japan) の後援と費用によって出版された—、および「日本の新法典と旧慣 (New Codes and old customs of Japan)」。
- (2) これら最近の二法典とは、民法典と商法典である。刑事の二法典については、10年以上前から、また民事訴訟法典は2年以上前から、施行されている。
- (3) 1890年に公布された、これら二法典は、1893年1月1日に施行されるはずであった。議会在が1896年12月31日までの延期を可決したのは、1892年6月であり、また、天皇の裁可は、1892年11月22日に下されたばかりである。
- (4) 私は、すでに昨年 (1892年8月)、『仏文雑誌』 (Revue française du Japon) に、「議会の反対論と法律家の意見書に対する反駁 (Réponse aux objections de la Diète et au Manifeste des légistes (anglo-japonais))」を発表した。

アカデミーは、この論文をご存じないから、そこで示された考えのいくつかは、本報告の第一章に見出されるであろう。また、同章では、最近、和仏法律学校の卒業証書授与式で自然法について述べる機会があったが、そのいくつかの事柄についても見出されるであろう。もとより、本報告において、自然法を削除することはできない。そのうえ、真理が批判に晒されているとき、真理の敵対者が真理を攻撃し続ける限り、真理の信奉者がそれを擁護するために主張し続けるのを恐れないのは、正しいことである。

第一部

両議院での演説、パンフレットおよび地方新聞の中に、二法典に対してなされた[反対]運動の理由を探してみると、前面に出されている理由は非常に薄弱であることが分かるから、彼らはあえて白状してはいないものの、簡単に見出されうる別

の理由があることが、容易に確信される。

たとえば、真剣に、次のように主張された。

二法典は、君主に対する尊敬も父母に対する尊敬も認めない、外国のある宗教原理に基づいていると。しかし、そうではなく、その宗教〔キリスト教〕は「父母を敬い、皇帝の物は皇帝に返すこと」、より一般的に言うと、既存の権威 (*les puissances établies*) (神に由来する全ての力 *omnis potestas a Deo*) を尊重することを教えているではないか？

日本の二つの新法典が採用したフランス法典は、共和国にしか適さないと。しかし、フランス法典は、フランスを、二つの共和制下においてだけでなく、二人の皇帝と二つの王朝下においても支配していたではないか？

最後に、フランス法典は、ほぼ一世紀近く存在しているから、新しい時代の必要性にもはやそぐわないと。しかし、そうではなく、同法典は、いくつかの事項について見ると、法律家が、依然として効力を持ち続けているものと、変革されたものを見分けることが困難であるほどに、非常に頻繁に修正されてきたではないか？

おそらく、宗教的・政治的感情から、新二法典に対する敵意が、巧妙に掻き立てられている。もし、この点で反対論者の善意を疑うことは適当でないとしても、しかし、彼らに、確率誤差 (誤っても免責される *probabilis error*) 特権を認めることはできない。なぜなら、彼らにとって、私法の法典が宗教教義や統治形態と何ら関わりがないことを理解するのは容易だったからである。

民法典が、個人の権利のために国家の権利を犠牲にしていると言う〔批判〕は、取るに足らない。すなわち、民法典は逆に、それぞれに正当な権利を付与しようと意図していた。民法典が、国家権力はもっぱら、個人の利益のため、また個人の道徳的・知的発達を擁護・助長するために確立されたものと見なしているのは、本当である。日本の法典編纂者たちは、社会生物学 (*Sociobiologie*) の信奉者ではなかった。彼らにとって、国家は、個人がその細胞にすぎない一つの有機体ではない。

さらにまた、新民法典に対してなされた、もう一つの批判は、新民法典が、モンテスキューとともに (第一部第一編)、実定法が着想をえるべき「自然法、すなわち実定法に先立つ衡平の諸関係 (*des rapports d'égalité*)」を認めていることである。

民法典は、しかし、この点について信念を表明する必要はなかった。民法典は、立法者を導くべき諸原理を設置する意思がなかったのである。民法典は、法の上の

法、すなわち憲法ではない。民法典そのものは実定法の一つにすぎないが、まさにそのために、民法典が規定する全規定の中で、自然法にとってかわる位置にある。たとえ、もし法典の編纂者たちが自然法から着想をえていたとしても、また自然法について、民事事項において一つの定式を与えること以外に野心を抱いていなかったとしても、彼らはそのことについて語らなかったし、また語る必要もなかった。もし、法典に反対する人々が、擁護する人々と同様に、法典の中に自然法を見出すとすれば、それは、自然法が妄想でないことの最良の証拠であり、それゆえ、彼らは自分自身を批判していることになるのである。

また、二つの場合、確かに民法典は、規定を欠くおそれのある事項を補充するため、明確に自然法に準拠している。最も特徴的なのは、証拠について、民法典が裁判官に対して、「法律を解釈する際、裁判官は、その精神と文言に精通し、また衡平と条理の諸原理によってそれを補わねばならない」[証拠編第9条]と注意している場合である。

しかし、自然法に対して、なぜこうした諍いが起きるのだろうか？

それは、やはり、ある政治的な理由からであった。ある人は「この所謂自然法は、日本の憲法と矛盾する。日本の憲法によれば、日本国民の権利はすべて天皇(Souverain)の譲与によってもたらされる」と主張している。

幸いなことに、日本の憲法は、そのようなもの[規定]をまったく持っていない。言えることは、政治的権利は、憲法以前には、天皇ただ一人に属しており、憲法に定められた範囲においてのみ、この政治的権利が国民に譲与されたということである。さらに言えば、この範囲が極めて広汎であることに注意しなければならない。なぜなら、天皇がまだ完全な立法権を有していたときに、新しい議会が最初に行ったことは、天皇自身によって裁可され、公布された法典の延期を可決したことであったからである。

もっとも、私法に関しては、このような君主からの授権という理論は、まったく想像上のものにすぎない。もし、日本が今日まで、天皇によって授権された以外のいかなる私法法規によっても統治されてこなかったとすれば、日本は哀れで奇妙な状態にあっただろう。実際、二つの私法法典が公布される以前、民商法の事項に関する天皇の布告はほとんど無かったし、またまったく特殊なものであった。それゆえ、裁判所は、ほとんどの訴訟を、諸慣習(les usages et coutumes)を適用する

ことによつてのみ、またかかる諸慣習が不十分な場合—こうしたことは屢々生じたのだが—、地方の裁判所の先例に従ふことによつてのみ裁判した。ところで、疑いがないことだが、これらの先例が、天皇あるいは將軍の命令の下に形成されたということは考えられないし、これらは、衡平・正義・共通理性・實際の効用に、一般的に適合していたのであるから、まさに普遍的な法、したがって自然法の適用に他ならないことは、やはり認めなければならない。こうしたことは、ローマの法学者たちが、疑いのある問題について、ある場合には衡平 (*Æquitatis ratione*)、ある場合には有益 (*ratione Utilitatis*) によつて判決を下したのと同様である。

封建制度と江戸幕府の廃止によつて、天皇の権力が完全に回復されて以降、民事事項に関して天皇の布告が発せられたが、その場合でも、天皇は自らの欲するところにのみ従つた (*sic volo, sic jubeo* [余が欲するままに余が命ずる]) と言えるだろうか。この物言ひは、ほとんど尊重に値しないし、また不正確であろう。すなわち、天皇は、公正で良識ある諸大臣の助言をえており、つねに衡平・理性・効用から、換言すれば自然法の命じるところから、天皇は新しい実定法を取り出したのである。私には、諸大臣の助言は、「政者正也 (*le principe du Gouvernement est qui est juste et droit*)」⁽⁵⁾ と述べた孔子から着想をえたものと容易に思われる [論語卷第六、顔淵第 12、17]。しかし同時に、諸大臣は、モンテスキューが次のように述べていたにもかかわらず、当時それを知らずにいながら、彼と同意見だったのである。モンテスキューは言う。「各国の公民の法律は、人間理性が適用される特殊な場合でしかありえない」と。また、モンテスキューは、私にとって極めて時宜に適っているのだが、次のように付け加えてもいる。「作られた法律が存在する以前に、諸人間間に正義の可能的な関係は存在していた。制定法が命令したり、あるいは禁じたりすること以外には、いかなる正なるものも不正なるものも全く存在しないと言うが如きは、いまだ円を描かないうちに全ての半径は等しくないと言うようなものである」と (第一部第一編)。

議会は当時まだ開設されておらず、二つの法典は天皇自らによつて、かつ天皇のみによる作品として、過日公布されたのである。それゆえ、この二つの法典に反対するのに、天皇の大権が引き合いに出されるのを見るのは、非常に奇妙なことではないだろうか。

しかし、私は、ある人々のように、この国の最も重要な法律が議会の関与なしに

成立したことを議会は甘んじて受け入れたとか、また議会において法律を共同で編纂し、国民の前にそれを誇示するためにのみ法律を再検討したと考えるまでには至らない。

他の人々は、この点に、まさに議会の開会とともに始まった、内閣の政治一般に対する頑強な反対の発露を見た。実際、議会は、すでに、内閣が提出した予算およびほとんどの法律の可決を拒んでいた。このことから、同じ精神が、公布されたとはいえ、まだ施行されておらず、延期は比較的容易だと思われた法典へと議会を駆り立てたと考えられる。

少なくとも、公然たる国家的自尊心の反映であったことは確かである。しかし、過度であり、あるいは時宜をえていなかった可能性がある。すなわち、二つの法典が、一方はフランス法（民法）、他方はドイツ法（商法）から着想をえたことを不快に思う人がいた。そして、この国の必要には旧慣で充分だと主張されただけでなく、政府は一握りの外国の利益のために日本の利益を犠牲にしながら、日本の立法および裁判権の下に外国人をおくことを唯一の目的として、西欧の諸原則を採用したのだと非難されもした。この論理は確実に間違っている。なぜなら、新法典の公布に際して、政府が外国人に気を遣っていたことは認めるとしても、外国人は彼ら自身の国の法律から恩恵を受けており、その停止を求めてはならず、二つの新法典の公布は、外国人の利益にはならなかったからである。それは、あの変則的な治外法権のために、ともに辛酸を嘗めてきた日本の国益と威信のためであった。それゆえ、政府に反対する人々が、条約の改正を要求するために政府から強大な力を奪ったにもかかわらず、諸列強に対して国辱を止めさせられないと、政府を今でも非難しているのは、反対者自身の矛盾であり、これほど奇妙なことはないのである。

政府は、まさしく、かなり以前から、旧慣は絶対的に不充分であること、そして、中央集権化以来、この国において、もっぱら場所によって変わり、地方の旧い封建的孤立と両立しうる慣習を維持しえないことを知っていた。それゆえ、同じ市民的・政治的変革を通過してきた人々の経験を利用して、西欧の中央集権国家の立法から着想をえたのは当然のことであった。

フランスの立法は、まさにうってつけの選択肢であった。なぜなら、明治維新という新時代の第1年目（明治時代、1868年）⁽⁶⁾ から、すでに、フランスの諸法典は日本語に翻訳されており、日本にとって、このことは、学説彙纂の再発見が中

世ヨーロッパにとって一つの啓示であったのと同様な意味を持っていた。〔法典編纂〕委員たちは、かつてフランスへフランス諸法典の運用を学びに行ったことがあり、その後、若き法学者たちがフランスへ正規の勉強をするために派遣された。数年後、彼らは日本に帰ってきたが、ある者は法学士、またある者は法学博士であった。その後、彼らは、新しい法典編纂に参加するよう招集された。とりわけ、人事法および相続法を準備したのは彼らである。このことは注目されるべきである。なぜなら、フランス法に対する彼らの共感は自然なものであったとしても、彼らは常に自国の慣習に執着しており、過去の尊重と現在の満足との賢明な妥協—実際に達成されたような—を彼らに期待できたからである。

その後、天皇が、明治維新の際に彼が約束した憲法を臣民に下付する時期が来たと考えたとき、天皇は、フランスの共和制憲法を模範とすることはできなかった。しかし、天皇は、ヨーロッパの君主制憲法から大いに着想をえる必要があった。にもかかわらず、議会は、外国の憲法の借り物から生を享けたことを屈辱だとは思わなかった。さらに、議会は、鉄道・汽船・新兵器およびその他、ヨーロッパの科学・産業から大いに為されざるをえなかった借り物を廃棄することも要求しなかった。ところで、日本の古い矢やオランダの古い大砲が、日本領土の防衛を保障しえなかったのと同様に、日本の旧慣は、新しい民事および商事取引に対応できる状態にはなかった。同様に、フランス法を模倣し、10 余年前に施行された二つの刑事法典に対しても反対はなされなかった。一部はフランス法、一部はドイツ法を模倣した民事訴訟法典に対しても、ほとんどフランス法を模倣し、2 年前から非常に満足いく状態で機能している裁判所構成法に対しても、どのような反対もなされなかった。

以上の点に、まさに、かかる立法の恩沢は証明されている。ところが、政府は、過度の躊躇によって、二つの新法典の施行をさらに 2 年間、延期すべきだと考えた。民法草案は各部分が出来上がるたびに公表されたし、またこの民法草案は、司法官たちに、実定法として判断要素を提供するまで、とりあえず、自然法としてそれを提供していたので、司法官たちには非常によく知られていたものであり、それだけになおさら、延期する必要性は小さかったのである。

こうした役割を、民法草案は当然に果たし続けるであろう。なぜなら、法典が正式に延期されたとしても、裁判官が、刑法典によって罰せられる違法行為である裁判拒否の罪を犯すことは許されないからである。

表面的には、より科学的な議論をしようとした法典反対者たちは、法典編纂という方法一般を攻撃する機会ととらえた。すなわち、彼らは、法典編纂という方法を固定であると批判しつつ、それを立法の進歩を妨げるものであると主張した。さらに、彼らは、かつてのサヴィニーの反対論にまで言及した。しかし、私は、既に、かかる法典編纂は、フランスが民法典を修正して 40 余の新しい法律を作るのを妨げなかったことを指摘した。このような法典編纂に対してなされた非難は、もし日本のイギリス学派の法学者たちによって吹聴されなかったとしても、彼らのお気に召したことであろう⁽⁷⁾。しかしながら、こうした非難は、刑法および民法の法典編纂を採用した全ての国々によって否定されており、さらには、一般的な法典編纂によって政治的統一を確立しようと邁進しているドイツを引き合いに出すことはもはやできない。

新法典に対してなされた奇妙な反対論に対して、より詳しく反論するのは、時間と本学会のご厚意を濫用することになるであろう。それゆえ、私は、商業帳簿の規則的な管理と破産に関する有益な厳格さに服するのを恐れた商人たちによる興味深い諸批判や、今後はかつて存在しなかった重大な制御に服せしめられる株式会社の取締役たちによる諸批判については述べないでおく。

私がここで明らかにしたいのは、二つの法典（とりわけ民法典）は、少なくとも、日本の諸慣習が少しく固定し、かつ少しく一般的である場合、これらの慣習と対立しないということである。

奇妙かつ憂うべきことに、比較する構成要素の一方であるこれらの慣習は、とりわけ法典と慣習との矛盾を根拠として法典が延期されたのちになって、日本人にも外国人にも、公にされたに過ぎない。

この点について、日本にある三つの編纂物について、ここで少し述べておくことは有益であろう。

その一つは、7556 巻を数え、ほとんどが手稿である⁽⁸⁾。これは、毎年の曝書のためにだけ訪れられたにすぎず、司法省に久しく保管されたのち、今では総合古文書館に寄託されているが、ここでも、尊厳ある安らぎ (*l'otium cum dignitate*) を享受しているように思われる。

裁判所慣行と地方慣習である別の編纂物は、15 年前に、司法省が監修して、法典編纂の前提として、帝国の主要な裁判所に送付された質問にしたがって作成され

たもので、10 巻の手稿であるが、公表されなかった。

第三のものは、右の編纂物を要約したもので、これは、国民のためというより、民法典および商法典の委員会の作業のために、ほんの少部数が印刷された。

民法典の草案を起草する任務をおったフランス法学者〔私、ボワソナード〕は、この要約本を一度も手にしたことが無かったし、翻訳がないため直接これを利用することも出来なかった。

彼〔私〕は、草案（本文と注釈）を、部分毎に、日本人の委員会に提出した。この日本人の委員会は、草案を、委員会メンバーのなかでフランス語とフランス法の知識がある人たちに翻訳させた後、新法と旧法を一致させようと努力し、またこのような意味での修正をしばしば要求したが、起草者〔私〕が自己の草案と相容れないと考えた時には、日本人の委員会が自ら修正をおこなった。かくして、起草者が反対したにもかかわらず、複数の相続人は廃除され、財産・動産・不動産について絶対的な性格を有し、人に関する普遍性を有する—ヨーロッパのいかなる国でも決して見られなかった—長子相続法（*le droit d'aînesse*）が旧来どおり維持された。

それゆえ、日本ではつねに極めて強大であった（ただし、ローマの生殺与奪権 *jus vita nacistique* には及ばない）父権（*la puissance paternelle*）が、依然として極めて広汎に法典に残されている。とりわけ、子供は、何歳になっても、その父親あるいは父方の祖父の合意がなければ結婚できない〔旧民法 38・39 条〕。矯正権（*le droit de correction*）も同様に、子供が成年になっても制限されない〔152 条〕。新法典は、収監について裁判官の介入を要求しているにすぎない。

いくつかの点で、家族に関する旧法が修正されたことは事実だが、しかし、このことは、全くのところ、かかる修正を自国に導入する勇気を持った日本人たちに敬意を表すべきである。例えば、未成年の子供の教育方針や財産管理について、寡婦の権利が拡大された。離婚原因は、少なくとも事物の本質が許す限り、制限され、夫婦にとって平等ないしより対等なものとなった。養子についての、余りにも非常な容易さは、ずっと以前から容認されていた濫用を避けるために、制限された。最後に、子供に対する両親の扶養義務が宣言されたため、子供は正当に履行請求権を付与されたが、これは旧慣と矛盾するものであって、恐らくは新法典のなかで最も活発な仕方では批判されたところである。しかし、この義務は認められた以上（また、この義務は両親に対する子供の義務をとまなう相互的なものでなければならな

い)、その重大さのゆえに、同一の制裁を備えなければならなかった。私の感情は、西欧において、子供が扶養権の確認を裁判所に求めるのを見るよりも、その必要があると思われる子供を、両親が安逸に耽って扶養しないのを見ることの方が、はるかに傷つけられるであろう。

また、日本の法典は、フランスに存在せず、一般的にヨーロッパにも存在しない強制的な扶養義務を、兄弟間に課したと批判された。しかし、年少者や姉妹たちを極めて哀れむべき貧困に晒すのは、まさに長子権の必然的な結果であることを看過してはならない。長男だけが父親の財産を承継する以上、長男は、その金銭上の全債務を履行しなければならない。また、長男は、とりわけ彼自身に子供がいる場合、年少者に対して、父親としての愛情を持たないであろうだけになおさら、裁判所による制裁はますます必要となる。この義務は、扶養を求める必要性が「疾病もしくは自己の過失に責めを帰すべからざる他の原因に」帰する場合に制限される[人事編第3章「親属及ヒ姻属」27条「疾病其他本人ノ責ニ帰セサル事故」]。

それゆえ、人事法に関して、民法典が旧来の基本的諸原則を修正してはいないこと、そして、民法典がその修正を行い、また二次的な諸点を修正したとすれば、それは、日本の立法の最大の名誉であることは、公正な人々にとっては明確である。

さらに、法典編纂という方式一般を、立法の発展と完成に対して妨害するものと批判する前述の人たち自身が、同時に、最も古い伝統的慣習のなかに立法を固定化しようと望んでいるのは、論理的な誤りとすら言えない。

原注

(5) 論語[卷第六、顔淵]第12の17。

(6) 日本では、君臨している君主の名称ではなく、象徴的で吉兆の名である特別な名称で、治世ごとに新しい時代を形成する。かくして、今の時代は、明治すなわち社会的な平穩の時代である。年代記で言うと、日本の特異な王朝の創始者である神武天皇の即位にまで年代を遡れないのは残念であるが、今は、**2553年!**と推定される。

(7) 日本には、イギリス法・ドイツ法およびフランス法の半官立学校が存在する。これらの学校は、設立に際して、政府から多大な援助を受けた。帝国大学は、この三種類の法のために、別個の科と外国人教師さえ擁している。制度は、確かに自由主義的であるが、しかし、この制度は、法典をめぐって既に生み出した分裂のほかに、どれほど法典が裁判所で適用されても、裁判所において、別の、そしてより永続的な分裂を生み出すことになるであろう。

(8) この数字は、ほとんど信じがたいが、日本政府から国際法会議に派遣された貴族院議員兼貴族院書記官長であった金子堅太郎氏が、**1892年9月5日～10日**にジュネーヴで開催された同会議での報告で示したものである。

(明治大学法学部教授)